

Juillet - décembre 2011 : Toujours la crise, des règles supplémentaires et une jurisprudence saisie de questions nouvelles

Auteur : Par **Jean-Pierre Mattout**, Avocat associé, Kramer Levin, Professeur-associé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), et **André Prüm**, Professeur agrégé, Doyen de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg

Pendant que les autorités européennes poursuivent le durcissement de la réglementation bancaire et financière, en essayant de tirer le maximum de leçons de la crise financière, la jurisprudence nationale poursuit son oeuvre constructive, revenant sur des questions déjà tranchées pour ajouter des précisions, comme la définition de l'emprunteur averti ou encore l'effet des oppositions sur le paiement par carte bancaire, mais aussi et surtout pour aborder de nouvelles questions comme le trust et la dette parallèle, les effets d'une condition suspensive sur l'entrée en vigueur d'un crédit documentaire ou encore la durée de la prescription en matière de crédit immobilier.

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES

Rapport d'étape sur la mise en oeuvre de la réglementation financière (PE 22 nov. 2011). - La crise financière a provoqué un vaste mouvement de renforcement de la réglementation dans les différents pays. Michel Barnier, membre de la Commission européenne, chargé du marché intérieur et des services, a présenté le 22 novembre 2011 un rapport d'étape devant le Parlement européen.

Il fait état de l'accord intervenu au Conseil européen le 27 octobre 2011 qui a traité de nombreuses questions caractérisant « *une réponse globale et cohérente à la crise actuelle* » : crise grecque, dettes souveraines, situation des banques, règles applicables dans la zone euro, retour à la croissance.

Concernant plus particulièrement le secteur bancaire, il a mis en avant le renforcement de la solidité des banques européennes de dimension systémique, avec la mise en place d'un coussin de sécurité supplémentaire et temporaire à hauteur de 9 % de fonds propres, mentionnant que les banques devront arrêter les distributions de dividendes et de bonus tant qu'elles ne seront pas correctement recapitalisées (v. L. n° 2011-1416, 2 nov. 2011, JO 3 nov., sur les stock-options et dividendes des banques soutenues par l'État).

Il a également indiqué que l'architecture de supervision européenne était désormais en place et que les textes sur les ventes à découvert et les *credit default swaps* étaient adoptés par le Parlement. Concernant les projets en cours, ont été mentionnés notamment la transposition des normes de « Bale III », la révision de la directive « *Markets in Financial Instruments Directive* » (MiFID) sur les marchés d'instruments financiers, les nouvelles propositions sur les agences de notation (volet 3) et un nouveau projet sur la prévention et la résolution des crises bancaires.

Enfin, un troisième niveau d'intervention est souligné, en faveur des consommateurs-utilisateurs de services financiers, visant à améliorer leur information et à favoriser le capital-investissement.

Un tableau de suivi des principales réformes peut être consulté sur http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/progress-report/table_financial_reforms_fr.pdf.

Aides d'État et banques (Communication Comm. UE, JOUE 6 déc. 2011, n° C 256/7). - À la suite de la faillite de Lehman Brothers, de nombreuses banques européennes ont eu besoin du soutien de leur État pour faire face notamment à l'assèchement du marché interbancaire. La Commission a adopté en 2008-2009 quatre dispositifs visant à rendre compatibles ces aides d'État avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui, en principe, les prohibe, sauf les exceptions instaurées notamment par son article 107, paragraphe 3, b), qui énonce :

« 3. *Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur :*

b) *les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier*

à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ».

Ces règles ont été mises à jour en juillet et en décembre 2010 pour être prolongées d'une année et instaurer la nécessité de présenter un plan de restructuration générale pour toute mesure de recapitalisation ou de sauvetage d'actifs dépréciés, quel que soit le montant de l'aide fournie.

Devant les perturbations entraînées par les effets de la crise de la dette souveraine, ces règles dérogatoires font l'objet d'une nouvelle prolongation et d'une nouvelle mise à jour. La Commission envisage les règles applicables à des souscriptions par les États à des augmentations de capital en actions ordinaires, dont les dividendes et la valorisation sont par essence incertains ; elle préconise notamment la souscription à un prix de « *décote suffisant par rapport au dernier cours de l'action* ». Elle fixe également les règles applicables à la rémunération minimale des garanties fournies aux banques par les États.

Secret bancaire et recto verso de chèques (Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-10.490). - Deux sociétés reprochaient à la banque présentatrice et à la banque tirée des chèques litigieux des négligences dans la vérification des endos des chèques, opérés frauduleusement par leur comptable. Le juge d'appel avait ordonné la production des chèques recto et verso pour pouvoir prendre sa décision en pleine connaissance de cause. La banque tirée forma alors un pourvoi estimant que le juge du fond avait excédé son pouvoir en ordonnant la communication d'informations couvertes par le secret bancaire.

Au visa des articles 606 et 608 du Code de procédure civile, la Chambre commerciale déclare le pourvoi irrecevable par un attendu de principe (<ATTfleche> 001 D. 2011, p. 2332, obs. V. Avena-Robardet, JCP 2011, 1388, obs. J. Lasserre-Capdeville). Traditionnellement, la jurisprudence civile considère que le verso des chèques contient des informations confidentielles qui concernent le bénéficiaire final du chèque et qui sont couvertes par le secret professionnel du banquier, que celui-ci peut opposer au tireur du chèque ou à ses héritiers (v. encore dernièrement, Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-68.994). Dans la pratique, la plupart des chèques étant désormais non endossables, sauf au profit d'une banque, cette problématique d'un porteur final différent du bénéficiaire initial tend à se raréfier. Néanmoins, par cette décision, il semble bien que la Chambre commerciale ait voulu apporter une exception ponctuelle à sa jurisprudence traditionnelle, dans le cas où il s'agit de départager les plaideurs, dont les banques elles-mêmes, sur une question de responsabilité envers le tireur. La nécessité de trancher le litige avec les éléments de preuve nécessaires à sa solution paraît avoir dicté la décision, plutôt qu'une remise en cause du secret bancaire dont bénéficie, en matière civile, le porteur final du chèque, qui pourtant n'est pas nécessairement le client de la banque tirée.

Extraits

<ATTfleche> 001 Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-10.490

« Mais attendu qu'ayant relevé que la communication de ces pièces intervenait dans un litige opposant les banquiers respectivement présentateur et tiré des chèques litigieux aux sociétés Arsie fixations et ATF, qui leur reprochaient en comportement fautif en l'absence de vérification des endossements frauduleux opérés par leur comptable, de sorte que les règles du secret bancaire ne pouvaient être invoquées, la cour d'appel a pu ordonner la production en copie recto-verso des chèques litigieux à la demande de leur tireur ».

II - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A - Comptes

Appropriation d'un solde de compte bancaire et abus de confiance (Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-81.726). - C'est à la délicate question de savoir si l'inscription du solde créditeur de comptes de clients professionnels, clôturés d'office, dans le compte d'exploitation d'une banque constitue une appropriation caractérisant le délit d'abus de confiance ou un simple manquement à l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier réprimant, à titre de contravention, le non-respect de l'obligation d'information préalable du client par la banque sur laquelle la Chambre criminelle de la Cour de cassation a dû se pencher.

En l'espèce, le directeur général d'un établissement de crédit ainsi que la responsable commerciale de cet établissement étaient poursuivis du chef d'abus de confiance pour avoir inscrit le solde créditeur de sept comptes

professionnels, clôturés d'office, dans le compte d'exploitation de la banque au titre de frais de clôture, non prévus dans les guides tarifaires de la banque et de surcroît non justifiés.

Pour la Haute juridiction, ces faits ne laissent pas subsister de doute (<ATTfleche> 002).

Extraits

<ATTfleche> 002 Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-81.726

« *L'inscription dans les comptes d'exploitation d'une banque du solde créditeur de comptes professionnels, clôturés d'office, constitue une appropriation qui caractérise le délit d'abus de confiance, peu important que durant le fonctionnement du compte, l'établissement ait eu la libre disposition des fonds* ».

Pour déclarer les prévenus coupables d'abus de confiance et en conséquence écarter l'exception de prescription, l'arrêt retient que le comportement de la banque démontre son intention de s'approprier ces sommes, à l'époque où les opérations ont été passées, quand bien même la banque aurait tenté de les régulariser ultérieurement. Le délit d'abus de confiance appartient en effet à la catégorie des délits instantanés et non continus. Même si la solution a suscité certaines réserves (T. Samin et S. Tork, Retour sur le délit d'abus de confiance et le dépôt de fonds en banque, JCP G 2011, n° 45, 1226), elle s'impose du fait qu'à partir du moment où la banque a clôturé le compte, le solde créditeur final appartient définitivement à son client, ce qui interdit à la banque de se l'approprier unilatéralement.

B - Instruments de paiement

Opposition au paiement par carte et procédure collective du bénéficiaire (Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-20.954). - Le titulaire d'une carte de paiement utilisant celle-ci pour régler un achat auprès d'un commerçant placé ensuite en liquidation judiciaire peut-il encore s'opposer au paiement lorsqu'en réalité celui-ci a déjà été effectué par la banque émettrice ? Les dispositions du Code monétaire et financier, anciennes comme actuelles, ne sont malheureusement pas dénuées de toute ambiguïté. Dans un arrêt fondé sur les articles L. 132-2 et L. 132-6 dudit code, tels que rédigés avant la modification introduite par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 (JO 16 juill.), la Cour de cassation refuse au titulaire de la carte le droit de contester, dans le délai de soixante-dix jours à compter de la date de l'opération, la régularité d'une opération effectuée au moyen de cet instrument au profit d'un bénéficiaire mis en procédure collective, s'il n'a pas notifié une opposition pour ce motif à l'émetteur de sa carte, avant que ce dernier ne procède au règlement des sommes dues entre les mains du banquier bénéficiaire. Il s'agissait, en l'espèce, d'un client de la CAMIF qui avait passé une commande le 6 octobre 2008 en se servant de sa carte bancaire et qui, le lendemain de la mise en liquidation de la CAMIF, s'était empressé de s'opposer au paiement ordonné. Mais à ce moment-là, son compte avait déjà été débité depuis plusieurs jours. La solution apportée par la Cour de cassation s'impose si on ne veut pas simplement transférer le risque de la faillite du bénéficiaire du paiement à la banque (<ATTfleche> 003). Dès lors que celle-ci n'a fait qu'exécuter une instruction de son client sans avoir été prévenue d'une quelconque difficulté, il n'existe aucune raison de lui faire supporter ce risque (J.-L. Capdeville, Précisions sur le régime de l'opposition en matière de carte de paiement, Gaz. Pal. 10 nov. 2001, n° 314, p. 6 ; C. Regnaut-Moutier, De la vanité de l'opposition au paiement formée par le porteur en cas de procédure collective du bénéficiaire du paiement par carte bancaire, Actualité proc. coll. 2011, n° 19, alerte 287). Le régime de l'opposition, qui doit nécessairement intervenir avant le paiement, dans des cas limitativement énumérés par la loi, et le délai de contestation *a posteriori* ont des domaines d'application différents. Une lecture trop rapide des textes avait sans doute suscité de faux espoirs à cet égard.

<ATTfleche> 003 Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-20.954

« *Vu les articles L. 132-2 et L. 132-6 du Code monétaire et financier dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 15 juillet 2009 ; Attendu qu'il résulte de ces textes que le porteur ne peut contester, dans le délai prévu par le second, la régularité d'une opération effectuée au moyen de cet instrument au profit d'un bénéficiaire mis en procédure collective que s'il a notifié une opposition pour ce motif à l'émetteur de sa carte, avant que ce dernier ne procède au règlement des sommes dues entre les mains du banquier du bénéficiaire* ».

III - CRÉDITS

A - Généralités

Rapport 2010 de l'AMF sur les agences de notation. - Le 7^e rapport annuel de l'AMF sur les agences de notation est intervenu quelques mois avant que l'une d'entre elles, Standard & Poor's, ait abaissé la notation de la dette française. Après avoir résumé l'évolution de la réglementation et le transfert de l'AMF à l'Autorité européenne des marchés financiers, depuis le 1^{er} juillet 2011, de la mission d'enregistrement et de supervision de ces agences, ainsi que les nouvelles dispositions adoptées aux États-Unis par la loi du 21 juillet 2010, dite *Dodd-Frank*, l'AMF indique qu'au 7 septembre 2010, 45 entités avaient déposé une demande d'enregistrement en Europe.

Elle dresse ensuite un bilan des nombreuses dégradations intervenues pour de nombreux pays, suite à la détérioration de leurs finances publiques, avec leurs conséquences sur les notations des établissements bancaires porteurs importants de ces obligations, surtout en Europe, notant des rehaussements en Asie et en Amérique latine. Concernant les entreprises, elle souligne que la stabilité des notations domine. Enfin, elle remarque qu'en pratique, sauf pour des émissions occasionnelles, le recours à la notation financière est devenu la règle. À la fin 2010, 318 entités étaient notées en France, dont 158 banques. Seules 53 de ces entités sur les 318 faisaient l'objet d'une notation par les trois grandes agences et 89 par deux agences. Sur ces 142 entités multinotées, 54 % faisaient l'objet d'un écart de notation entre les agences, mais faible (un cran dans les deux tiers des cas).

Prescription applicable aux crédits immobiliers consentis aux consommateurs (CA Bordeaux, 5^e ch. civ., 14 sept. 2011, n^o 11/4474 ; CA Reims, ch. civ., JEX, 11 oct. 2011, n^o 10/02766). - La réforme de la prescription a suscité des doutes sur la durée de la prescription en matière de crédit immobilier consenti par les établissements de crédit à des emprunteurs personnes physiques consommateurs. En effet, l'article L. 137-2 du Code de la consommation énonce : « *L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans* ».

Ce texte a-t-il une portée générale du fait qu'il se situe dans le Livre I, au titre III relatif aux « *Conditions générales des contrats* », et entraîne-t-il alors l'application d'une prescription abrégée pour les actions en paiement au titre des crédits immobiliers, ou bien l'article 2224 du Code civil prévoyant la prescription quinquennale reste-t-il la règle ? Les deux arrêts rapportés tranchent tous deux en faveur de l'application de la prescription quinquennale, estimant que la règle de l'article L. 137-2 du Code de la consommation est une règle qui ne s'applique pas aux opérations de crédit (<ATTfleche> 004 et <ATTfleche> 005). La cour d'appel de Reims prend même soin de motiver sa position en écartant expressément, en vertu de sa souveraineté, la réponse ministérielle qui s'était prononcée en sens contraire pour les crédits immobiliers (Rép. min. à QE n^o 41018, JOAN Q. 21 avr. 2009, p. 3875).

Extraits

<ATTfleche> 004 CA Bordeaux, 5^e ch. civ., 14 sept. 2011, n^o 11/4474

« *L'article L. 137-2 est situé dans le Livre premier intitulé "Information des consommateurs et formation des contrats". Le Livre troisième du Code de la consommation traite de "l'Endettement" et consacre son titre premier au "Crédit" qui comporte sa réglementation propre. Compte tenu de la spécificité des titres, il y a lieu de considérer comme l'a fait le premier juge que les dispositions de l'article L. 132-7 ne concernent que les relations entre les professionnels et les consommateurs en général mais pas celles liées à l'endettement qui sont régies par des dispositions spécifiques. La durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance. La circonstance que celle-ci soit constatée par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire n'a pas pour effet de modifier cette durée* ».

<ATTfleche> 005 CA Reims, ch. civ., JEX, 11 oct. 2011, n^o 10/02766

« *L'article L. 137-2 du Code de la consommation qui prévoit que l'action des professionnels, pour les biens et services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrivent par deux ans ne concerne pas les crédits immobiliers ;*

Que la réponse ministérielle publiée le 21 avril 2009, versée aux débats, prend soin à cet égard de préciser "sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions" ; qu'en effet, il ressort des débats

parlementaires et plus particulièrement du rapport fait par Monsieur Émile Blessig (...) que cette disposition est venue remplacer l'article 2272 du Code civil qui a été abrogé pour permettre l'insertion de ce délai dans le Code de la consommation et en ajoutant les services pour prendre en compte la réalité économique contemporaine ;

Que l'article 2272, alinéa 4, précisait nommément que l'action des marchands, pour les marchandises qu'ils vendaient aux particuliers, non marchands, se prescrivait par deux ans ;

Que tout indique qu'il n'était pas question dans l'esprit du législateur de prévoir un délai de deux ans pour les crédits immobiliers qui ne sont pas visés comme étant un service moderne qu'il faudrait prendre en considération comme une nouveauté économique ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que les créances en cause sont prescrites en cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, soit juin 2013 ».

Ces décisions rassureront les banques et d'une certaine façon les emprunteurs dans la mesure où l'application du délai de deux ans, auquel se pensaient soumises les banques, au moins par précaution, entraînait l'exercice de poursuites interruptives de la prescription, alors même que des négociations amiables étaient parfois en cours. Cela aboutissait à un raidissement des positions ne facilitant pas les solutions transactionnelles. En pratique, il ne fait guère de doute qu'un délai de deux ans s'avère extrêmement bref pour dénouer des opérations de crédit. En droit, l'argumentation développée par la cour d'appel de Bordeaux, qui souligne la spécificité des dispositions relatives aux opérations de crédit à l'intérieur de la vaste catégorie des services, semble pertinente. Il sera tout de même prudent d'attendre la position de la Cour de cassation sur ce sujet pour être vraiment fixé.

Concernant la forme notariée de l'acte, quasi systématique en matière de crédit immobilier, la position des cours d'appel rejoint celle qui avait été adoptée par la Cour suprême et qui avait estimé que les actes notariés sont soumis à la prescription du droit constaté dans l'acte (Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, JCP G 2006, 10129, note H. Croze, D. 2006, p. 1793, note R. Wintgen).

B - Garantie des crédits

Effet de la non-déclaration de créance sur la situation de la caution (Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71.113). - La signification exacte du caractère accessoire - ou, comme le suggère un auteur, subsidiaire (F. Rouvière, Le caractère subsidiaire du cautionnement, RTD com. 2011, p. 689) - prête depuis quelques années à vive discussion (Ph. Simler, Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ?, in Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux, Dalloz-LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 497 ; P. Crocq, Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire de cautionnement, in Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois 2007, p. 171). Il soulève une difficulté, en particulier dans l'hypothèse où le débiteur principal se trouve soumis à une procédure d'insolvabilité ou de surendettement. Il faut saluer à cet égard la précision utile apportée par la Cour de cassation dans cet arrêt du 12 juillet 2011 sur l'incidence, vis-à-vis de la caution, de l'extinction et aujourd'hui de l'inopposabilité de la dette que le créancier a manqué de déclarer régulièrement dans les délais, dans le cadre d'une procédure collective.

En l'espèce, deux cautions solidaires garantissaient les sommes dues par une société en vertu d'un contrat de bail consenti au départ par deux personnes physiques sur un immeuble, aux droits desquelles s'est trouvée ensuite une société civile immobilière (SCI). La société preneur étant tombée en liquidation judiciaire et la SCI ayant omis de déclarer sa créance, les cautions tentèrent de se libérer de leur engagement au motif que la créance principale était éteinte, sanction alors prévue, avant que l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (JO 19 déc.) n'y substitue l'inopposabilité (P. Crocq, Une confirmation : le défaut de déclaration d'une créance à la procédure collective du débiteur principal ne peut plus être opposé par la caution, RTD civ. 2011, p. 782 ; J.-J. Barbiéri, Créancier déchu, caution déçue, Bull. Joly Sociétés 2011, n° 10, p. 816 ; S. Piedelièvre, Les conséquences d'un défaut de production d'une créance sur le cautionnement en cas de liquidation judiciaire, LPA 2011, n° 253, p. 18).

L'argument est rejeté à juste titre par la Haute juridiction, sur le fondement que l'exception n'était pas inhérente à la dette et alors opposable à la caution (<ATTfleche> 006). L'obligation de déclaration des créances contribue à une

bonne gestion de la procédure collective. Sa sanction n'est pas destinée à profiter aux cautions et autres garants. Si le concept d'inopposabilité de la créance non déclarée aux autres créanciers fait mieux ressortir cet objectif, l'intention des textes n'était pas différente avant la réforme de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, comme le rappelait l'avocat général Bonhomme dans ses conclusions. Cela ne signifie pas que la caution ne puisse, le cas échéant, se plaindre du fait que la négligence du créancier lui a fait perdre une chance de participer aux distributions de la procédure, mais encore faut-il qu'il y ait une vraie perte de chance, à savoir que les créanciers chirographaires aient touché réellement un dividende. À défaut elle ne perd rien, ce qui était le cas en l'espèce, comme l'a constaté la Cour de cassation.

Extraits

<ATTfleche> **006** Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71.113

« Il résulte des dispositions de l'article L. 622-26 du Code de commerce, que la défaillance du créancier ayant pour effet, non d'éteindre la créance, mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, pour se soustraire à son engagement.

Attendu, ensuite, que si la caution est déchargée de son obligation, lorsque la subrogation dans un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en faveur de la caution, pareil effet ne se produit que si cette dernière avait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation ; que la cour d'appel qui, analysant, sans la dénaturer, la lettre du liquidateur, a retenu qu'il était établi que les créanciers chirographaires n'avaient pas été réglés, a, par ce seul motif faisant ressortir que les cautions n'auraient pas été désintéressées, légalement justifié sa décision ».

Fonds d'investissement et lettre d'intention (CA Versailles, 12^e ch., 30 juin 2011, n° 10/06302, D. 2011, p. 2848, note B. Dondero). - La notion de lettre d'intention renvoie décidément à des engagements de nature et de portée très diverses. Dans l'affaire rapportée, dont a eu à connaître la cour d'appel de Versailles, il ne s'agissait pas d'une garantie au sens de l'article 2322 du Code civil, mais d'une déclaration par laquelle une société - BNP Paribas Private Equity - indiquait, à une entreprise qui souhaitait ouvrir son capital à de nouveaux investisseurs, son intérêt à prendre une participation. L'acte s'inscrivait dans le cadre de la loi pour l'initiative économique n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 (JO 5 août), et plus particulièrement des opérations de capital-risque par le biais des fonds d'investissement de proximité. La société cible ayant en définitive ouvert son capital à une autre société que BNP Paribas Private Equity, celle-ci chercha alors à engager la responsabilité contractuelle de la société cible, pour non-respect de la lettre d'intention qu'elle avait acceptée, et la responsabilité délictuelle de la société, qui lui a été préférée, pour s'être associée à cette faute. Il s'agissait ainsi de savoir si ladite lettre d'intention créait une obligation de négociation à la charge de la société cible, assortie le cas échéant d'une exclusivité, au profit de BNP Paribas Private Equity.

L'arrêt de la cour ne révèle malheureusement pas le contenu exact de la lettre d'intention. Il s'appuie en revanche largement sur un « *guide de la lettre d'intention* » « *capital-risque* » édité par l'Association française des investisseurs en capital (AFIC), une association de droit privé, pour estimer que l'engagement n'avait « *pas de caractère définitivement liant* ». Cette référence n'est pas sans soulever certaines interrogations. Rien n'indique en effet dans l'arrêt que les parties se soient expressément référées à ce guide privé dans leur accord. En l'absence d'un tel consentement, il faudrait déjà supposer que le guide en question reflète un véritable usage au sens des articles 1135 ou 1158 du Code civil (M. Bourdeau, L'invocabilité des usages professionnels en matière contractuelle, RJDA 6/11, p. 459). Or tout laisse à penser que telle n'est pas la portée du guide qui prend soin de préciser que « *les bonnes pratiques présentent un intérêt didactique et d'apprentissage mais elles ne définissent aucune norme à laquelle chacun devrait se plier* ». Comment pourrait-il d'ailleurs en aller autrement alors que le but avoué est d'encourager certaines pratiques et non de consacrer des pratiques répétées suivies de manière générale et constante par les praticiens, avec la conviction qu'elles s'imposent à eux, en d'autres mots d'authentiques usages. À ce titre, l'arrêt est donc loin de

convaincre, même s'il s'inscrit dans une certaine tendance de la jurisprudence à élargir le concept d'usage (CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10, Electrosteel Europe SA c/Edil Centro SpA ; P. Mousseron Les curieux « usages » du capital-risque, JCP E 2011, 1877).

C - Rémunération du prêteur

TEG et droits d'entrée dans un contrat d'assurance-vie remis en garantie (CA Douai, 8^e ch., sect. 1, 27 oct. 2011, n^o RG 10/08100). - La base du calcul du taux effectif global (TEG) ne cesse de s'élargir, au grand dam des banques (P. Bouteiller et F.-J. Crédot, Les droits d'entrée d'un contrat d'assurance-vie remis en garantie d'un prêt doivent-ils être intégrés au TEG ?, JCP E 2011, 1996). En l'espèce, une banque accompagnant l'un de ses clients dans une opération de financement de plusieurs biens immobiliers, avait subordonné l'octroi de deux prêts immobiliers à la remise en garantie d'un contrat d'assurance-vie souscrit parallèlement par l'emprunteur. Ce dernier soutenait que le TEG de ces prêts devait dès lors prendre en considération non seulement le coût de la prise de garantie directe, c'est-à-dire les frais de nantissement, mais également les frais d'adhésion, c'est-à-dire les droits d'entrée versés par le souscripteur-emprunteur à l'assureur, ainsi que les frais de courtage perçus par un cabinet ayant conseillé l'emprunteur sur son investissement financier.

Débouté en première instance, l'emprunteur obtient gain de cause pour ce qui concerne les droits d'entrée, indépendamment du fait, souligne la cour d'appel de Douai, qu'il n'est pas discutable que cette souscription était en tout état de cause intervenue dans le cadre d'une stratégie patrimoniale de l'emprunteur.

La controverse est connue en ce qui concerne le coût de souscription au capital des banques coopératives pour lequel la jurisprudence s'est prononcée en faveur de leur inclusion dans le calcul du TEG (Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2004, n^o 02-13.206, Bull. civ. I, n^o 289), même si elle suscite une résistance de la part des juges du fond (TI Poitiers, 13 mars 2009, et TGI Orléans, 16 janv. 2009, Dr. & patr. 2010, n^o 190, p. 72).

La même question s'est posée aussi pour l'assurance incendie, à propos de laquelle la Cour de cassation distingue selon que sa souscription constitue ou non une condition d'octroi de prêt (Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, RD bancaire et fin. 2011, comm. 157, obs. X. Lagarde et N. Mathey). L'arrêt de la cour d'appel de Douai se situe, qu'on le regrette ou non, dans la même lignée en décidant « *que la banque devait non seulement retenir le coût de la prise de garantie mais aussi les frais d'adhésion (droit d'entrée) de 3 % versés par souscripteur dans le calcul effectif global (TEG)* ».

IV - RESPONSABILITÉ

Mise en garde et emprunteur averti (Cass. com., 11 oct. 2011, n^o 10-19.091). - La tentation est grande pour les emprunteurs d'échapper à leur obligation de paiement en reprochant au banquier prêteur un manquement à son obligation de mise en garde. Il y a des cas dans lesquels on peut se demander cependant si la prétention est légitime ou simplement dilatoire. Les faits à l'origine de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 11 octobre 2011 montrent que certains emprunteurs n'hésitent pas à abuser de l'argument.

Une société civile immobilière (SCI) exploitant des gîtes ruraux avait souscrit un prêt pour financer la construction d'une piscine destinée à valoriser son activité de location de ces gîtes. Confrontée à des difficultés de remboursement, elle reprocha à la banque de ne pas l'avoir mise en garde contre le caractère excessif du prêt par rapport à ses capacités de trésorerie. C'était oublier que ce devoir, le banquier ne doit l'accomplir qu'au profit de l'emprunteur non averti. Or, en l'espèce, la SCI exerçait l'activité de location de gîtes à titre professionnel. Au surplus, son associée majoritaire et gérante lors de l'octroi du prêt était manifestement rodée à cette activité qu'elle poursuivait au travers de quatre autres sociétés similaires dont elle était la dirigeante. Comment prétendre encore dans ces conditions être un emprunteur non averti ? La Cour prend soin de rappeler que la banque n'avait pas d'informations que la société aurait ignorées sur « *ses revenus, son patrimoine et ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de son exploitation* ».

Le mauvais conseil du banquier n'entraîne pas la résolution d'un contrat d'assurance-vie (Cass. com., 12 juill. 2011, n^o 10-19.279). La sanction du manquement par une banque à son devoir d'information et de conseil vis-à-vis d'un emprunteur non averti prête encore à quelques confusions. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 juillet 2011 rappelle utilement certains principes. Sur les conseils d'une banque, un couple avait souscrit

auprès d'une compagnie d'assurance deux contrats d'assurance-vie libellés en unités de compte, c'est-à-dire assis sur des valeurs mobilières dont le souscripteur assume le risque de dépréciation. Quelques semaines plus tard, le même couple s'était fait consentir par la même banque deux prêts remboursables *in fine* pour le financement de l'acquisition en commun d'un bien immobilier. La valeur des placements sous-jacents aux contrats d'assurance ayant diminué de plus de la moitié, le couple a assigné la banque « *en résolution des contrats d'assurance-vie et en responsabilité lui reprochant d'avoir manqué à son devoir de conseil lors de la mise en place des opérations préliminaires à l'acquisition immobilière et, postérieurement, à son obligation de renseignement sur l'évolution des placements* ». Si la violation par une banque de son devoir d'information et de conseil peut éventuellement aboutir à la résolution du contrat qu'elle a conclu avec son client lorsqu'en raison de cette faute ce contrat se trouve privé de toute utilité pour le client, il ne saurait de toute évidence en être de même pour le contrat conclu avec un tiers. La résolution judiciaire reste un mécanisme de sanction entre parties, elle ne peut par ricochet toucher un contrat auquel l'auteur de la faute n'est pas partie. La sanction ne peut alors se situer que sur le terrain de la responsabilité civile (<ATTfleche> 007).

Extraits

<ATTfleche> 007 Cass. com., 11 oct. 2011 n° 10-19.091

« *Mais attendu que la cour d'appel a décidé à bon droit que s'agissant des conséquences, sur les contrats d'assurance-vie souscrits avec un tiers, des fautes commises par la banque, intermédiaire, lors de la formation et de l'exécution de ces contrats, ces manquements fautifs ne pouvaient entraîner la résolution de ces contrats et le remboursement des moins-values enregistrées sur le placement financier réalisé sur le support Lionvie muticapital dynamique, mais seulement le droit à réparation de la perte de chance résultant de ces manquements ; que le moyen n'est pas fondé* ».

Logiquement, le client qui se plaint d'avoir réalisé, sur les mauvais conseils de sa banque, un investissement qui s'est révélé perdant, ne peut réclamer à celle-ci le remboursement intégral de celui-ci car, le plus souvent, il n'a perdu, en réalité, qu'une opportunité d'investir dans des actifs plus rentables. Il appartient aux juges du fond d'évaluer cette perte de chance. Devant la difficulté à estimer ce préjudice de manière exacte, la Cour de cassation rappelle que l'évaluation peut consister en un forfait.

V - OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Fonds déposés en banque par une ambassade et immunité d'exécution (Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057). - À la suite du rachat d'obligations souveraines, nombre de créanciers spécialisés tentent ici et là d'en obtenir le paiement forcé par l'émetteur ; pour cela, certains n'hésitent pas à mener des actions contentieuses internationales. Ici, un porteur d'obligations argentines avait obtenu un jugement de condamnation par un tribunal américain contre la république d'Argentine. Il avait pratiqué, sur cette base, une saisie conservatoire sur le compte bancaire en France de l'ambassade argentine à Paris. Une des particularités invoquées par le créancier saisissant était que le contrat d'émission obligataire prévoyait expressément que l'Argentine renonçait à son immunité d'exécution, sauf en ce qui concernait les réserves figurant au bilan du Banco Central, les biens appartenant au domaine public ou en relation avec l'exécution du budget.

Malgré cette clause particulière, le juge français avait ordonné la mainlevée de la saisie et la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (JO 14 juill.), rejette le pourvoi du créancier (<ATTfleche> 008). Elle pose le principe d'une présomption d'affectation des fonds logés sur un compte bancaire d'ambassade à l'exercice des missions souveraines de l'État et en déduit leur immunité d'exécution, à charge pour le saisissant de renverser cette présomption. La preuve est sans doute diabolique et presque impossible à rapporter, ce que le créancier fit valoir dans son pourvoi, sans toutefois que la Cour retienne l'argument. Elle estime aussi que la renonciation à l'immunité d'exécution d'un État doit non seulement être expresse, mais encore qu'elle doit être spéciale, c'est-à-dire spécifique ; la clause contenue dans le contrat d'émission ne visant pas les comptes d'ambassade, cette dernière condition ne se trouvait dès lors pas remplie.

<ATTfleche> 008 Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057

« Selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des États étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'État accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale ; que cette immunité s'étend, notamment, aux fonds déposés sur les comptes bancaires de l'ambassade ou de la mission diplomatique.

Les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique, puisque les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique de sorte qu'il appartient au créancier qui entend les saisir de rapporter la preuve que ces biens seraient utilisés pour une activité privée ou commerciale ».

Depuis l'intervention accrue des États dans les affaires commerciales, dans plusieurs pays, des lois particulières, tout comme la construction jurisprudentielle française, en l'absence de dispositions contractuelles expresses, ont permis d'entamer profondément le caractère absolu de ces privilèges anciens, notamment en inférant de la soumission du contrat à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, une renonciation implicite mais nécessaire par l'État contractant, au bénéfice de son immunité d'exécution (Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2000, JDI Clunet 2000, p. 1054, note I. Pingel-Lenuzza). Inversement, l'acceptation d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies n'a pas été considérée comme valant renonciation à l'immunité d'exécution (Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 2006, RD bancaire et fin. 2006, p. 19, obs. S. Piedelièvre, Dr. & patr. 2007, n° 157, p. 106, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm, Rev. crit. DIP 2007, p. 113, note S. Lemaire).

Dans un domaine proche, la ratification par la France, par la loi n° 2011-734 du 28 juin 2011 (JO 29 juin), de la Convention des Nations unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, bien que non encore applicable en 2011 faute de ratifications en nombre suffisant, est considérée comme reflétant le droit international coutumier et, partant, ladite Convention est néanmoins appliquée par les tribunaux (CEDH, 29 juin 2010, aff. 34869/05, Sabeh El Leil c/France, § 54 et s., D. 2011, p. 1831 ; pour un commentaire de la Convention, D. 2011, p. 2436).

TEG, stipulation par écrit du taux d'intérêt et droit applicable (CA Aix-en-Provence, 8^e ch. C, 5 mai 2011, n° 09-21169, Gaz. Pal. 28-29 oct. 2011, p. 43, obs. J. Morel-Maroger). - La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait à résoudre une question délicate et non encore tranchée de droit international privé relative au taux effectif global (TEG) et à sa stipulation. Le problème s'est posé à l'occasion d'une poursuite diligentée par une banque danoise envers une société française, le contrat de prêt consentant une ligne de trésorerie ne comportant ni clause générale de droit applicable, ni mention expresse du TEG. Le débiteur récalcitrant soutenait, pour réduire sa charge, au visa des articles 1907 du Code civil et L. 313-2 du Code de la consommation, que l'absence de mention du TEG, même si le contrat contenait une référence au mode de calcul mais sans exemple chiffré, ne lui avait pas permis d'évaluer le coût total de son emprunt. La cour commence par déterminer le droit applicable à la convention de prêt et, par des motifs approximatifs, retient la loi danoise. En effet, au lieu de s'appuyer sur l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui établit une présomption en faveur du lieu du siège du débiteur de la prestation caractéristique au moment de la conclusion de l'opération, elle relève, en se fondant sur l'article 4, paragraphe 1, les différents « *liens étroits* » aboutissant à retenir la loi danoise : lieu de conclusion du contrat, nationalité du prêteur, lieu de remise des fonds, localisation du compte ayant enregistré la mise à disposition du prêt et devant également enregistrer les remboursements. En l'occurrence, ce fondement inexact permettait aussi d'atteindre la solution exacte.

Concernant le TEG et l'application éventuelle de la loi française, la cour l'écarte à la suite d'un raisonnement tout aussi contestable (<ATTfleche> 009) mais n'aboutissant pas nécessairement à la solution la plus fondée et la plus souhaitable. On savait déjà que les dispositions de l'article 1907 du Code civil, imposant la stipulation par écrit des intérêts conventionnels, n'étaient pas applicables à une convention soumise à une loi étrangère valablement choisie (Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1990, Rev. crit. DIP 1991, p. 340, obs. H. Muir Watt ; Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1994, RJDA 7/1994, n° 835, Rev. crit. DIP 1994, p. 341, obs. H. Muir Watt). Cependant, il n'est pas évident qu'il en aille de même pour la stipulation par

écrit du TEG, obligatoire pour toutes les formes de crédit et toutes les catégories d'emprunteurs (l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier reprenant les dispositions de l'article L. 313-2 du Code de la consommation), et dont la fonction est essentiellement d'assurer à l'emprunteur la comparabilité des taux qui lui sont proposés. Aussi pourrait-on penser que cette disposition a vocation à protéger tous les emprunteurs situés sur le territoire français, quelle que soit la loi applicable au contrat (J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque Édition, 4^e éd., 2009, n° 20, p. 46). Seul le rattachement à la loi de police est capable d'assurer l'effectivité du but poursuivi par le TEG en permettant à tous les emprunteurs sur le territoire national d'avoir la même information et dans la même forme, quelles que soient la loi du contrat de prêt envisagé ou la nationalité de la banque.

Extraits

<ATTfleche> **009** CA Aix-en-Provence, 8^e ch. C, 5 mai 2011, n° 09-21169

« Attendu que selon l'article 7 de la Convention de Rome, les dispositions impératives doivent être appliquées quelle que soit la loi applicable au contrat ; qu'il convient de rechercher si les dispositions relatives au TEG sont ou non d'ordre public ; que l'article L. 316-16 du Code de la consommation dispose que sont d'ordre public les dispositions des chapitres I et II, du chapitre III en ses sections II à VIII ; que le chapitre I concerne le crédit à la consommation, qui ne correspond pas au cas d'espèce ; que le chapitre II concerne le crédit immobilier, alors que le contrat litigieux, accordant à la société Scandinavian une ligne de trésorerie ne s'analyse pas comme un crédit immobilier ; que les sections II à VIII du chapitre III concernent les sûretés personnelles, les délais de grâce, les lettres de change, etc., mais ne concernent pas le TEG, régi par la section I du chapitre V ; qu'il s'ensuit que les dispositions afférentes au TEG n'étant pas d'ordre public, l'article 7 de la Convention ne s'applique pas ; que les dispositions contractuelles doivent recevoir application et la société appelante doit être déboutée de ses demandes relatives au TEG ».

Ouverture de compte à une société étrangère et étendue des vérifications (Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30.101, Rev. banque 2012, p. 73, obs. J.-L. Guillot et P.-Y. Bérard). - L'ouverture d'un compte est un acte important et le banquier est tenu à cette occasion à un devoir de vigilance. La question de l'étendue de cette obligation s'est posée dans un cadre inhabituel. En effet, une société française sollicitait des personnes physiques, investisseurs potentiels, pour investir leur épargne dans une société de droit irlandais ; la société française et la société irlandaise avaient ouvert leurs comptes dans la même banque française. La société française fit faillite et les investisseurs ne purent pas récupérer leur mise. Ils recherchèrent la responsabilité de la banque teneuse de compte pour avoir permis l'ouverture et le fonctionnement du compte de la société irlandaise sans procéder aux vérifications et à la surveillance nécessaires. En effet, la banque n'avait pas vérifié que la société irlandaise jouissait des agréments réglementaires requis pour recevoir des fonds du public au regard de son propre droit, le droit irlandais. Elle avait aussi accepté que les chèques remis par la société française sur le compte de la société irlandaise, et tirés par les investisseurs, soient libellés à l'ordre à la fois de la société irlandaise mais aussi de la banque teneuse de compte elle-même, créant ainsi une confusion dans l'esprit des tireurs de nature à assoupir toute suspicion. De plus, le compte enregistrait de nombreuses opérations vers des comptes étrangers dont les justifications n'apparaissaient pas.

Pour toutes ces approximations, la banque est tenue pour fautive et responsable, indépendamment des dispositions légales relatives à la lutte contre le blanchiment ou celles relatives aux vérifications à opérer lors de l'ouverture des comptes (C. mon. fin., art. R. 312-2 et L. 561-5, .I), la Cour estimant que la banque avait une obligation générale de vigilance, tant lors de l'ouverture du compte que de son fonctionnement, obligation qu'elle devait moduler en fonction des circonstances. Elle a jugé également que le devoir de la banque de se renseigner sur l'existence de l'agrément en Irlande ne pouvait être considéré comme une limitation induite à la liberté de prestation de services garantie par le droit communautaire (<ATTfleche> **010**).

Extraits

<ATTfleche> **010** Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30.101

« Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient qu'à la lecture des statuts de la société Sheen cette

dernière entend se livrer à la réception des fonds et à la fourniture de crédits, de services financiers et de prestations de services d'investissements et que ces activités relèvent de professions réglementées ; qu'ayant fait ressortir que la banque ne pouvait ignorer ce fait et aurait dû faire preuve d'une vigilance particulière, la cour d'appel a pu, sans imposer une restriction affectant la libre prestation de services au sein de l'Union européenne, retenir que la banque avait l'obligation de vérifier que la société Sheen avait obtenu l'agrément légalement prévu et a ainsi légalement justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, que c'est sans se référer aux obligations de vigilance imposées aux organismes financiers par l'article 1 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, devenu l'article L. 563-3 du Code monétaire et financier (devenu l'article L. 561-10-2), que la cour d'appel a retenu que le fonctionnement du compte de la société Sheen, qui présentait des mouvements très nombreux sans justification apparente et des virements de sommes ainsi créditées sur des comptes étrangers, ouverts en Suisse ou aux Bahamas, ne pouvait qu'attirer l'attention, s'agissant d'opérations qui font nécessairement l'objet d'une surveillance accrue ».

La décision fait une juste appréciation du devoir de personnalisation des obligations générales de la banque qui ne sauraient, sauf à être vidées de leur substance, se limiter à des vérifications formelles et uniformes.

Point de départ de la prescription de l'action du garant à première demande envers le contre-garant (Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.384, Gaz. Pal. 29 oct. 2011, n° 302, p. 23, obs. P. Paillet, Gaz. Pa l. 22 déc. 2011. N° 356, p. 13, obs. M.-P. Dumont-Lefrand). - La portée exacte de l'autonomie d'une contre-garantie à première demande par rapport à la garantie de premier rang continue à soulever des hésitations. Dans une décision du 13 septembre 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à connaître d'une question qui, à notre connaissance, n'avait pas encore été portée devant les juridictions. Une banque égyptienne qui avait émis une garantie de bonne fin à première demande en faveur d'une entreprise égyptienne, en couverture d'un contrat conclu avec une société française, s'était fait contre-garantir par une banque française. La garantie de premier rang et la contre-garantie étaient stipulées dans des termes identiques : elles étaient payables l'une et l'autre à première demande et comportaient également le même terme extinctif. À la suite d'un différend entre la société française et l'entreprise égyptienne, cette dernière mit en jeu la garantie de premier rang, ce dont la banque égyptienne prévint la banque contre-garante française en réclamant elle-même le paiement. L'une et l'autre de ces mises en jeu intervinrent avant l'expiration du terme commun. La garantie de premier rang ne fut cependant payée que plus de dix ans plus tard après que la banque égyptienne fut condamnée ensemble avec la banque française en paiement par la cour d'appel du Caire. Ayant essuyé un refus d'exequatur de cette décision égyptienne devant les juridictions françaises, la banque garante de premier rang finit par assigner, plus de vingt ans après la mise en jeu de la contre-garante, la banque française. Son recours a été déclaré irrecevable pour cause de prescription de son action par les juridictions du fond. La Cour de cassation confirme cette solution (<ATTfleche> 011). L'argument sur lequel s'appuyait la banque égyptienne consistait en effet à confondre le régime de la contre-garantie avec celui d'un recours subrogatoire qui suppose que celui qui s'en prévaut ait exécuté lui-même le paiement dont il réclame la couverture. Ce qui ne signifie point que l'absence d'exécution de la garantie de premier rang n'ait aucun effet sur l'exigibilité d'une contre-garantie autonome (C. Houin-Bressand, Les contre-garanties, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006 ; A. Prüm, De l'autonomie des contre-garanties à première demande, in Mélanges AEDBF-France, 1997, J.-P. Mattout et H. de Vauplane [dir.], 252-264, Revue Banque Édition, 1997). Mais, en l'espèce, la prescription de l'action en recouvrement avait clairement commencé à courir depuis le jour où le paiement de la contre-garantie avait été réclamé et était de ce seul fait devenu exigible. Seule une clause contraire dans l'acte de contre-garantie, dont la Cour de cassation réserve expressément l'hypothèse, aurait pu différer cette exigibilité, sans d'ailleurs pour autant nécessairement remettre en cause le caractère autonome de la contre-garantie. La banque égyptienne s'était sans doute laissé abuser par la procédure engagée contre elle et la banque française devant les juridictions égyptiennes. Mais dans la mesure où l'exequatur en France de la décision de condamnation de la banque française a été définitivement rejeté, cette procédure n'avait plus aucun effet interruptif de prescription. L'arrêt de la Cour de cassation a le mérite d'attirer l'attention des bénéficiaires étrangers d'une garantie ou d'une contre-garantie sur ce risque et devrait les encourager à prendre les précautions nécessaires en

introduisant, avant qu'il ne soit trop tard, une action devant les juridictions françaises.

<ATTfleche> **011** Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.384

« En l'absence de clause contraire, non invoquée en l'espèce, l'exigibilité de la contre-garantie n'était pas subordonnée à l'exécution par son bénéficiaire, garant de premier rang, de son propre engagement, la cour d'appel a décidé à bon droit que le délai de prescription avait commencé à courir du jour de l'exigibilité de la contre-garantie ».

La dette parallèle, technique de sûreté des crédits consortiaux (Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-25.533 ; F.-X. Lucas, Déclaration de créance par un trustee et traitement des parallel debts, L'exotique dossier Belvédère, LEDEN oct. 2011, n° 9, p. 1 ; R. Libchaber, Le trust et la parallel debt devant la Cour de cassation, Bull. Joly Sociétés 2011, n° 12, p. 987 ; D. Legeais, Affaire Belvédère : validité du mécanisme du parallel debt, RD bancaire et fin. 2011, p. 201 ; R. Dammann et A. Albertini, L'arrêt Belvédère : la réception du trust et de la parallel debt en droit français, JCP E 2011, 1803 ; M. Menjucq et Th. Mastrullo, Affaire Belvédère : qualité de créancier, trust et dette parallèle, Rev. proc. coll. 2011, p. 173 ; F. Jault-Seseke et D. Robine, Les montages du droit du financement à l'épreuve du droit international des procédures d'insolvabilité, Actualité proc. coll. 2011, repère 259 ; E. Fiszelson, L'affaire Belvédère : la consécration du trust et de la dette parallèle, RD bancaire et fin. 2011, p. 32 ; L.-C. Henry et C. Houin-Bressand, Détermination de la qualité de créancier selon la loi de la source des créances, Bull. Joly Entreprises en difficulté, 2011, p. 305).

L'arrêt « Belvédère » rendu par la Cour de cassation le 13 septembre 2011 fait partie des décisions du second semestre de l'année 2011 qui ont été les plus largement commentées. Les enjeux étaient importants puisqu'il s'agissait de décider si le recours à des mécanismes de garantie communément utilisés sur les marchés internationaux d'émission de titres obligataires se heurtait en France à l'ordre public international. L'affaire concernait plus précisément un emprunt sous forme de valeurs mobilières à taux variables émis sous le droit de l'État de New York par la société Belvédère et dont le remboursement était garanti entre autres par plusieurs de ses filiales. Comme il est habituel dans ce genre d'opérations, le contrat d'émission prévoyait d'abord l'intervention d'un « *security-trustee* », en l'espèce une banque établie à New York. Le montage désignait par ailleurs deux autres banques en qualité d'agent des sûretés et obligeait l'émetteur et ses garants à prendre envers celles-ci un engagement contractuel non accessoire équivalent à leurs dettes principales vis-à-vis des porteurs de titres et du *trustee*. La société émettrice et ses filiales ayant été placées sous une procédure de sauvegarde de justice en France et étant soumises à certaines procédures d'insolvabilité à l'étranger, la première question qui se posait était de savoir si le *trustee* accessoire avait qualité pour déclarer une créance correspondant au montant intégral de la dette obligataire. Elle soulevait, en première ligne, un conflit de lois que la Cour de cassation a réglé en faveur du droit de l'État de New York compétent en tant que loi de la source de la créance pour définir la qualité de créancier, nonobstant la vocation de la loi française, selon le règlement n° 1346/2000/CE du 29 mai 2000 (JOCE 30 juin, n° L 160) relatif aux procédures d'insolvabilité, à régir les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances dans une procédure collective principale ouverte en France. Au regard de la loi de l'État de New York, la Chambre commerciale reconnaît ensuite au *trustee* le droit de déclarer, en tant qu'authentique titulaire de la créance, le montant intégral de celle-ci. Le *trustee* n'est ainsi pas réduit au statut d'un simple représentant ou mandataire de la masse des obligataires, mais assimilé à un propriétaire. La solution correspond à celle préconisée par la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, que la France n'a pas encore ratifiée.

Le second intérêt de la décision réside dans le sort réservé par la Cour au système dit de la « dette parallèle ». Adoptant une démarche pragmatique, la Chambre commerciale refuse de se laisser convaincre par les arguments développés par le pourvoi qui affirmait que ce type d'engagement serait dépourvu de cause et contraire à la fois au principe selon lequel tout paiement suppose une dette et à la règle d'égalité des créanciers en concours. Pour la Haute juridiction : « (...) Attendu que la conception de la cause des obligations contractuelles retenue par le droit français n'est pas, dans tous ses aspects, d'ordre public international », elle en déduit que « (...) l'absence de constitution par certaines sociétés débitrices de sûretés réelles au profit des agents des sûretés ne fait pas nécessairement obstacle,

dans le cadre d'une opération globale de financement soumise à un droit étranger admettant l'existence d'une dette parallèle envers eux, à leur admission aux passifs de ces sociétés qui sont personnellement garantes de l'exécution de l'ensemble des engagements ; que la cour d'appel en a exactement déduit que le respect de l'ordre public international au sens du droit international privé français était suffisamment assuré par le caractère chirographaire de l'admission des sociétés Natixis et Raiffeisen aux passifs respectifs des filiales de la société Belvédère établies en Pologne et de la société Marie Brizard ». La solution a le mérite de reconnaître ainsi l'exacte portée des engagements de dettes parallèles qui ne risquent pas de conduire à un gonflement artificiel du passif.

Crédit documentaire et condition d'entrée en vigueur (Cass. com., 22 mars 2011, n° 10-11.945). - La société algérienne Enasucré avait fait ouvrir un crédit documentaire irrévocable payable à vue et confirmé par la Banque intercontinentale arabe (BIA) en faveur de la société Etlafic. Le crédit prévoyait expressément qu'il ne devenait « opérationnel » qu'après réception et acceptation par le donneur d'ordres Enasucré d'une garantie bancaire de bonne exécution fixée à 5 % de la valeur du crédit. Devant l'absence de présentation de cette garantie bancaire de bonne exécution, la banque confirmante refusa de payer le crédit. Etlafic, qui devait être rapidement mise en liquidation judiciaire, le contesta pour divers motifs aussi inopérants les uns que les autres tendant à faire juger que la banque confirmante était engagée nonobstant l'absence de réalisation de la condition suspensive.

La Cour de cassation analyse l'exigence de remise de la garantie bancaire comme une condition suspensive à l'entrée en force du crédit documentaire et de sa confirmation et vérifie que le bénéficiaire du crédit en avait été parfaitement informé et même qu'il en avait parfaitement compris la signification. Dès lors, faute d'avoir été remplie, le crédit n'était jamais entré en force et la confirmation de celui-ci pas davantage. Il ne s'agissait pas ici d'une condition non documentaire stipulée dans le crédit, dont l'article 14, h, des RUU 600 (et 13, c, des RUU 500 auquel le crédit était soumis) indique que les banques n'en tiendront pas compte, mais d'une condition suspensive à l'entrée en vigueur du crédit lui-même, qui est un engagement « ferme », aux termes de l'article 3 des RUU 600, ce qu'il n'est naturellement pas tant qu'il n'est pas entré en vigueur du fait de la non-réalisation d'une condition suspensive (J. Baccar, Le danger des conditions non documentaires dans la lettre de crédit commerciale, RD bancaire et fin. 2009, p. 21).

Cette décision a le mérite de donner la bonne qualification à ce type de clause, relativement fréquente dans la pratique et qui suscite parfois des interrogations sur sa portée réelle. Il est certain que formulée comme en l'espèce - acceptation par le donneur d'ordres de la garantie - plutôt que sous forme documentaire pure exigeant la présentation d'une garantie aux banques émettrice et confirmante dans une forme prédéfinie, elle affaiblit considérablement la portée d'un crédit documentaire en laissant au donneur d'ordres la possibilité de refuser le document qu'il doit accepter ; en l'espèce, toutefois, la garantie n'avait pas du tout été présentée, le bénéficiaire, au bord du dépôt de bilan, n'ayant sans doute pas pu trouver une banque acceptant de délivrer l'engagement.